XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA

MARCOS VINÍCIUS VIANA DA SILVA

JOÃO MARCELO DE LIMA ASSAFIM

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direitos sociais e políticas públicas I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: João Marcelo de Lima Assafim; José Ricardo Caetano Costa; Marcos Vinícius Viana da Silva. – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-621-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos sociais. 3. Políticas públicas. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

Apresentação

A presente apresentação introduz os artigos apresentados no Grupo de Trabalho sobre Direitos Sociais e Políticas Públicas, cabendo informar, desde já, que os temas abordados guardam relação direta com o desenvolvimento sustentável, com base em respeito aos direitos humanos, e, ao fim, inclusão social.

De autoria das pesquisadoras Alice Bevegnú e Josiane Petry Faria, a obra "Os filhos do feminicídio: a violência esquecida e a ausência de políticas públicas" enfrentam o problema a partir da pesquisa empírica nas cidades de Passo Fundo e Porto Alegre no Estado do Rio Grande do Sul (Brasil), e demonstram o impacto social da falta de políticas públicas sobre as vítimas e familiares.

Na sequencia o artigo intitulado (4) "A promoção da igualdade de oportunidades do estatuto da igualdade racial sob a ótica da teoria das capacidades de Amartya Sen" examina a necessidade de políticas públicas a partir do estatuto da igualdade de 2010, com vistas a igualdade material nesse âmbito. O autor entende que essa política deve estar alinhada com as políticas públicas de desenvolvimento.

O artigo das autoras Francielli Stadtlober Borges Agacci e Heolise Siqueira Garcia, intitulado "Titularidade dos serviços de saneamento básico e sua prestação regionalizada sob a égide do novo marco legal: compatibilidade das novas regras com o julgamento da ADI n. 1.842/RJ", traz a questão da titularidade dos serviços de saneamento das regiões metropolitanas. O trabalho da ênfase na discussão de como o mundo globalizado, embora venha desglobalizando, verifica na a regionalização de alguns temas uma política pública de preservação de mananciais e de bacias elevada importância.

Na sequência a autora Mariana Amorim Murta apresentou o artigo "Articulações necessárias à implementação e monitoramento das políticas de segurança. Alimentar e nutricional frente riscos oferecidos pelos alimentos", tal trabalho trata do direito a qualidade dos alimentos, não apenas na perspectiva da fome. O tema discute a importância da regulação e auto-regulação.

"As sociedades locais e direitos humanos" é obra da autoria de Nivaldo Comin, Adir Ubaldo Rech e Larissa Comin. Trata do problema de direitos humanos e fundamentais com enfoque

nos municípios, e, para isso, invocando a adaptação do sistema federativo, que, segundo os autores, representa um estado na pobreza e os municípios na miséria.

“O auxílio emergencial: política pública concretizadora do mínimo existencial e do “ODS”10 da Agenda 2030 da ONU (obstáculos para acesso ao benefício durante a pandemia da COVID-19 no Brasil)”, de Rita Flores e Yuri Schneider, demonstra em conclusão a necessidade de um caminho claro e fácil para o acesso do povo brasileiro aos benefícios de tais políticas.

“Cidades educadoras, sustentáveis e inteligentes” da autoria de Mari Eunice Viana Jotz e Ana Maria Paim Camardelo, explica a necessidade do compromisso do governo legal e as consequências positivas: mudanças no sentido da sustentabilidade, desenvolvimento e avanços em matéria de direitos humanos.

“Equipes multidisciplinares nos juízos de infância e juventude no Brasil (a experiência no estado do Tocantins) “ da lavra de Esmar Custodio Vencio Filho e Bruno Amaral Machado, enfrenta o dilema entre medidas socioeducativas e preventivas.

“Licitações sustentáveis e o papel do poder público e seu amparo no ordenamento jurídico brasileiro”, aborda o direito ao meio ambiente equilibrado como um direito fundamental de terceira geração. O autor discute o papel estratégico das compras governamentais como vetor de políticas públicas de fomento ao desenvolvimento sustentável. O trabalho menciona ainda a noção polêmica de Estado consumidor.

A obra dos autores Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, Mariana Moreira Niederauer e Sheila Fonseca Kovalski é intitulada: “O acesso à justiça da pessoa com deficiência: consumidor hipervulnerável”, e aborda o problema da acessibilidade. A pesquisa trata da relação contratual e a inclusão sem acessibilidade em um catálogo de situações. O principal exemplo é, segundo a obra, seria o sistema PIX de transferências eletrônicas de dinheiro. Outros problemas são expostos relativamente as plataformas digitais no que tange a carência de acessibilidade.

O artigo intitulado “O acesso à justiça e as políticas públicas ao enfrentamento da COVID19 no Brasil: objetivo 16 do desenvolvimento sustentável” da autoria de Feliciano Alcides Dias, Clarice Aparecida Sopelsa Peter e Ubirajara Martins Flores enfrenta a produção legislativa do biênio 2019-20. A pesquisa mapeou mais de quatro mil normas com vistas a cotejar com os objetivos do desenvolvimento sustentável.

O artigo intitulado “O conceito de liberdade substantiva de Amartya Sem como condição de possibilidade de concreção da cidadania” debruça sobre o bem-estar social de autoria de Lucas Melchior. Para isso, enfrenta como marco teórico o labor do economista indiano. A liberdade substantiva afeta a interpretação do direito. O interessante arrazoado faz interessante articulação entre liberdade e decisões tomadas tanto em regimes democráticos como aquelas tomadas em regimes ditatoriais. Reivindicações de liberdades substantivas.

Os autores Andreia Garcia Martin e Cesar Cristina Maieski apresentam o trabalho intitulado “O direito antidiscriminatorio, a carência de políticas públicas destinadas as minorias sexuais no brasil e a atuação do STF”, o qual aborda a possibilidade do poder judiciário “criar” (ressalvadas as competências constitucionais, claro) políticas públicas.

Os autores Elaine Cristina Maekeski e Clovis Demarchi publicam a pesquisa intitulada “Estatuto da pessoa com deficiência na redução da desigualdade: ODS 10 e inclusão social”, a qual entende que a intervenção mais importante é a teoria da capacidade alterando o art. 4º do CCB, gerando impacto na inserção. Trata-se de uma verdadeira lei de inclusão.

Os autores Ivone Morcilo Lixa e Vinício Luciani Dittrich apresentam o trabalho intitulado “Política Pública e o envelhecer trans no Brasil: a face visível da necropolitica”, discutindo, entre outros, a falta de um levantamento de dados sobre pessoas trans no Brasil.

“Um olhar crítico ao Prouni: Política pública ou privatização do ensino” das autoras Patrícia de Araújo Sebastião e Janaina Helena de Freitas tem como objeto os novos critérios de acesso ao programa nacional de financiamento do ensino superior privado.

As autoras Carina de Olinda da Silva Lopes, Francielli Bianquin Grigoletto Papalia apresentam a obra “Uma visão da judicialização da educação sob a ótica da realizada social”, que enfrenta a questão do confronto litigioso judicial das controvérsias entre escolas, professores, pais e alunos.

A obra intitulada “A prioridade de titulação mobiliaria, das pessoas com deficiência a luz das leis de regularização fundiária urbana de interesse social e habitacionais”, aborda o problema da habitação de pessoas com deficiência e seus familiares. Trata-se de artigo de titularidade de Luciana Amaral da Silva.

Por todo este conteúdo, os trabalhos do GT38 do Conselho Nacional de Pesquisa em Direito, renderam uma tarde profícua de produção intelectual aplicada ao bom serviço do Sistema Nacional de Pós-Graduação na área do Direito.

Tenham uma excelente leitura.

Dr. João Marcelo de Lima Assafim.

Dr. Jose Ricardo Caetano Costa.

Dr. Marcos Vinícius Viana da Silva.

O DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO, A CARÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS DESTINADAS ÀS MINORIAS SEXUAIS NO BRASIL E A ATUAÇÃO DO STF

THE ANTI-DISCRIMINATION RIGHT, THE LACK OF PUBLIC POLICIES AIMED AT SEXUAL MINORITY IN BRAZIL AND THE PERFORMANCE OF THE STF

Andréia Garcia Martin [1]
César Augusto Zacheo [2]

Resumo

Na busca de demonstrar a importância do direito antidiscriminatório na proteção de minorias sexuais, o presente estudo se inaugura verificando qual o significado sociojurídico de discriminação, bem como a sua institucionalização no ordenamento jurídico internacional e nacional. Assim, verificadas tais questões introdutórias, será discorrida ainda a criminalização da LGBTQIAPNfobia que fora realizada através de mandados constitucionais de criminalização antidiscriminatórios pelo Supremo Tribunal Federal, em 2019, julgamento este que será problematizado na busca de demonstrar as influências sociais advindas de tal posicionamento jurídico, bem como tentar identificar se apenas a criminalização seria suficiente para erradicar todas as formas de discriminação destinadas ao grupo em questão, ou se seriam necessárias outras intervenções institucionais. Na busca destes resultados, será utilizado o método de raciocínio dedutivo, amparado pelo aparato qualitativo, que partirá de premissas gerais relacionadas com as questões principais que permeiam o direito antidiscriminatório, com a finalidade de se chegar às premissas específicas que vislumbrarão se tal direito tem sido positivado socialmente ou não. Por fim, utilizados estes procedimentos científicos, será possível verificar a atual conjuntura da discriminação vivenciada pelas minorias sexuais, bem como a carência de políticas públicas que devem ser urgentemente viabilizadas pelas entidades estatais.

Palavras-chave: Direito antidiscriminatório, Minorias sexuais, Comunidade lgbtqiapn+, Políticas públicas, Atuação do stf

Abstract/Resumen/Résumé

In an attempt to demonstrate the importance of anti-discrimination law in the protection of sexual minorities, the present study begins by verifying the socio-legal meaning of discrimination, as well as its institutionalization in the international and national legal system. Thus, having verified such introductory questions, the criminalization of

[1] Doutora em Direito Constitucional (PUC/SP). Mestra em Direito (ITE/Bauru). Líder do Grupo de Pesquisa IRIS Professora Efetiva da UEMG - Unidade Ituiutaba/MG. Docente da FACMAIS - Ituiutaba/MG. Advogada. E-mail: andreiagarciamartin@gmail.com

[2] Mestrando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Advogado. Contato: cesarzacheo@usp.br.

LGBTQIAPNphobia that was carried out through anti-discriminatory constitutional warrants by the Federal Supreme Court in 2019 will also be discussed, a judgment that will be problematized in the search to demonstrate the social influences arising from such a legal position, as well as trying to identify whether criminalization alone would be enough to eradicate all forms of discrimination aimed at the group in question, or whether other institutional interventions would be necessary. In the search for these results, the method of deductive reasoning will be used, supported by the qualitative apparatus, which will start from general premises related to the main issues that permeate the anti-discrimination law, in order to arrive at the specific premises that will glimpse whether such a right has been socially positive or not. Finally, using these scientific procedures, it will be possible to verify the current situation of discrimination experienced by sexual minorities, as well as the lack of public policies that must be urgently made possible by state entities.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Anti-discriminatory law, Sexual minorities, Lgbtqiapn+ community, Public policy, Stf action

INTRODUÇÃO

De caráter preliminar, o estudo em tela se debruçará sobre a definição terminológica de discriminação, evidenciando que, diferentemente do difundido na esfera social, a discriminação possui um sentido mais conciso que carece do seu necessário aprofundamento teórico, principalmente quando o termo discriminar é utilizado no vocábulo jurídico no qual se carece de uma base ainda mais sólida para a sua respectiva utilização.

Posto isso, esta análise partirá para a verificação de como a discriminação passou a ser positivada e utilizada no ordenamento jurídico internacional, vez que há diplomas legais de extrema relevância jurídica que foram os pioneiros no tratamento antidiscriminatório, bem como decisões judiciais que se tornaram manifestamente importantes para que tal tutela jurídica se efetivasse na seara internacional.

Nesta sequência, tal escopo passa a verificar a influência destes dispositivos internacionais e a sua respectiva incorporação no ordenamento jurídico brasileiro, tutelas essas que foram expressas na Constituição Republicana de 1988, bem como em tratados e convenções internacionais que incorporaram mandados antidiscriminatórios para grupos específicos existentes no país.

Neste liame, a evidente abordagem passa então às problemáticas que envolvem a devida garantia deste direito encartado constitucionalmente, bem como o julgamento do Supremo Tribunal Federal face à criminalização da LGBTQIAPNfobia, decisão esta que possibilitará a análise dos casos de discriminação, bem como o descaso governamental em efetivar políticas públicas antidiscriminatórias às minorias sexuais.

Neste condão, será questionado ainda se apenas a criminalização da LGBTQIAPNfobia é capaz de erradicar as diversas formas de discriminação, questionamento este que será respondido com cuidado a fim de não desvalidar a decisão disposta, mas sim corroborar para o estudo do direito antidiscriminatório, bem como as suas diversas facetas que não se limitam apenas ao caráter criminalizador.

Por todo exposto, o último tópico se destinará para a análise da carência das políticas públicas antidiscriminatórias existentes no país, além do ativismo judicial necessário para a salvaguarda de grupos minoritários, como os sexuais, que, ao serem afastados das proteções legiferantes, podem recorrer ao sistema jurídico na iminência de validar os seus direitos sociais fundamentais previstos constitucionalmente.

Por fim, cumpre ressaltar que este estudo se solidifica através do método de raciocínio dedutivo, atrelado ao aparato qualitativo, que parte de premissas gerais relacionadas com a

relevância do direito antidiscriminatório, a fim de chegar às premissas específicas, sem colocar em risco a validade da conclusão, que observarão se o evidente direito tem sido efetivo ou não socialmente (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2019), à luz do que se observa no estudo que se desenvolve a seguir.

I A DEFINICAÇÃO TEÓRICA DE DISCRIMINAÇÃO E A SUA INSTITUCIONALIZAÇÃO NO DIREITO NACIONAL E INTERNACIONAL

Na busca de se discorrer sobre o direito antidiscriminatório, bem como seus reflexos na comunidade LGBTQIAPN+, o presente estudo observa que se faz necessária, de caráter preliminar, a compreensão do que venha a ser a discriminação combatida por tal ramo do direito, uma vez que a pesquisa em tela não pode se iniciar com vícios sociais ligados à definição terminológica dos atos discriminatórios.

Nesta perspectiva, destaca-se que o termo discriminar, diferentemente do difundido socialmente, não se limita apenas à arbitrariedade destinada a uma pessoa de forma direta, uma vez que tal mecanismo possui uma pluralidade de significações que serão desenvolvidas nesta seara inicial.

Por este ângulo, faz-se necessário observar a definição jurídico-legal do que é o ato discriminatório, razão essa que será observada pelas contribuições do autor Roger Raupp Rios que, ao observar as Convenções Internacionais Sobre todas as Formas de Discriminação[1] Racial (BRASIL, 1969) e contra a Mulher (BRASIL, 2002), apresentou a concepção jurídico-constitucional do termo em questão, na medida do que se desenvolve a seguir:

> Pode-se formular o conceito jurídico constitucional de discriminação como sendo "qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer ramo da vida pública". (RIOS, 2008, p. 20).

Neste panorama, observa-se que a definição mencionada, trazida por convenções internacionais, menciona cinco verbos que são utilizados para discriminar e impedir o devido

[1] Frente às Convenções Internacionais Sobre todas as Formas de Discriminação, insta observar que a redação mencionada pelo autor Roger Raupp Rios não se limita apenas aos dois diplomas legais mencionados, uma vez que a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência também trouxe a mesma redação. Porém, para o grupo em questão, tal modalidade do caráter antidiscriminatório fora mais abrangente do que os anteriormente citados, uma vez que se observada a maior vulnerabilidade do grupo em comento, bem como a iminente necessidade de tutelas jurídicas específicas que devem ser direcionadas às pessoas com deficiência no país. (BRASIL, 2009).

reconhecimento de determinados indivíduos ou grupos sociais, sendo estes os atos de distinguir; excluir; restringir ou preferir determinadas coletividades a fim de prejudicá-las socialmente, impedindo-os de acessar os seus direitos e liberdades básicas que são essenciais dentro de um Estado que se pauta como Social e Democrático de Direito.

Não obstante, o estudo em destaque observa ainda que a definição sobre o ato discriminatório não deve ser pautada apenas nas disposições legais, uma vez que estar-se-ia fazendo uma compreensão terminológica em sentido *stricto* sem observar a pluralidade que norteia as diversas formas de discriminação.

Neste sentido, a fim de discorrer sobre o desenvolvimento da discriminação na atual conjuntura sócio-jurídica-política, o trabalho conclusivo em destaque passa agora a analisar as exposições do autor Adilson José Moreira, demonstrando que a discriminação não se limita apenas à uma compreensão, mas se irradia sobre uma diversidade de ações, conforme se verifica a seguir:

> O vocábulo discriminar significa aqui categorizar pessoas a partir de uma característica ou situação jurídica para atribuir a elas alguma consequência. Contudo, a palavra discriminação tem também outro significado no mundo do Direito: ela indica que uma pessoa impõe a outra um tratamento desvantajoso a partir de um julgamento moral negativo. A palavra discriminação adquiriu sentidos ainda mais complexos em tempos recentes em função da percepção de que indivíduos são excluídos porque sofrem diferentes formas de tratamento desvantajoso que não expressam intencionalidade. (MOREIRA, 2017, p. 27).

Sob esse ponto de vista, percebe-se que o referido autor busca desmistificar o que venha a ser um ato discriminatório, já que demonstrou o seu significado social, atrelado à uma categorização de indivíduos na busca de atribuir uma consequência que na maioria das vezes é negativa; bem como alude ao seu posicionamento jurídico, imputando-se também um tratamento desvantajoso a fim de se realizar um julgamento moral negativo perante tal pessoa ou grupo social.

Sob este condão, estes atos discriminatórios começaram a ganhar espaço no mundo jurídico, especialmente no direito positivo, com os avanços conquistados pelos direitos civis e políticos existentes após a II Guerra Mundial, haja vista que buscou-se uma sociedade mais plural e diversa a fim de evitar as barbaridades existentes pelos regimes arbitrários existentes até então. (RIOS, 2020).

Com base nestas considerações, o artigo 7º da Declaração Universal dos Direitos Humanos passou a destacar que: “Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.” (DUDH, 1948).

Ou seja, este mandado antidiscriminatório erigido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 teve grande destaque internacional, seja pela relevância jurídica do referido diploma legal, bem como pela forma em que este lidou com a necessidade de um tratamento antidiscriminatório para a construção de uma sociedade plural e igualitária que visa incluir, em vez de discriminar, as minorias sociais e os grupos vulneráveis existentes no seio social.

Todavia, como o direito se perfaz sob uma ciência que não se fundamenta apenas com a lei, mas com todo o aparato jurídico-normativo existente, cumpre ressaltar que o direito antidiscriminatório, mesmo que ratificado, começou a ter destaque no direito norte americano, e em todo o continente europeu, com o julgamento do caso "*Brown vs. Board of Education*" julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1954. (UNITED STATES COURTS, online).

Em face desta análise, observa-se que o disposto caso se deu pela segregação das pessoas negras do ensino estadunidense, já que, mesmo podendo participar do âmbito escolar, este grupo ainda tinha bebedouros específicos e espaços delimitados nas salas de aula que diferenciavam e segregavam-nas das pessoas brancas. Sob esse prisma, a judicialização ocorreu pois este grupo étnico-racial estava sendo excluído e marginalizado dos setores escolares simplesmente pela sua característica racial, veja:

> The case that came to be known as *Brown v. Board of Education* was actually the name given to five separate cases that were heard by the U.S. Supreme Court concerning the issue of segregation in public schools. These cases were *Brown v. Board of Education of Topeka*, *Briggs v. Elliot, Davis v. Board of Education of Prince Edward County (VA.), Bolling v. Sharpe,* and *Gebhart v. Ethel*. While the facts of each case are different, the main issue in each was the constitutionality of state-sponsored segregation in public schools. Once again, Thurgood Marshall and the NAACP Legal Defense and Education Fund handled these cases. (UNITED STATES COURTS, online)[2].

Diante todos esses casos, bem como a realidade existente nas aludidas instituições, o julgamento do caso "*Brown vs. Board of Education*" fora emblemático, já que passou a lidar com um tratamento antidiscriminatório que visava corrigir as diferenciações que, mesmo após a abolição da escravidão, ainda continuavam a separar pessoas negras e brancas, ato arbitrário este que não deve se prosperar principalmente em face do direito à igualdade existente, bem

[2] Tradução: O caso que ficou conhecido como *Brown v. Board of Education* foi, na verdade, o nome dado a cinco casos separados que foram ouvidos pela Suprema Corte dos Estados Unidos a respeito da questão da segregação em escolas públicas. Esses casos foram *Brown v. Conselho de Educação de Topeka* , *Briggs v. Elliot, Davis v. Conselho de Educação de Prince Edward County (VA)* , *Bolling v. Sharpe* e *Gebhart v. Ethel* . Embora os fatos de cada caso sejam diferentes, a questão principal em cada um era a constitucionalidade da segregação patrocinada pelo estado nas escolas públicas. Mais uma vez, Thurgood Marshall e o Fundo de Defesa Legal e Educação da NAACP cuidaram desses casos. (UNITED STATES COURTS, online).

como a ratificação da não discriminação no texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Assim, interessante também pontuar que, haja vista que estes mandados antidiscriminatórios carecem de tempo para terem condições de alterarem a realidade social e efetivar a justiça social adequada, observa-se que, conforme disposto hoje pela doutrina, a Suprema Corte utilizou-se da modulação temporal da sentença de efeito *erga omnes*, haja vista que a quebra desses distanciamentos educacionais não produziriam resultado rapidamente, principalmente pelos conservadores, conforme se vislumbra a seguir:

> On May 14, 1954, he delivered the opinion of the Court, stating that "We conclude that in the field of public education the doctrine of 'separate but equal' has no place. Separate educational facilities are inherently unequal. . ." Expecting opposition to its ruling, especially in the southern states, the Supreme Court did not immediately try to give direction for the implementation of its ruling. Rather, it asked the attorney generals of all states with laws permitting segregation in their public schools to submit plans for how to proceed with desegregation. After still more hearings before the Court concerning the matter of desegregation, on May 31, 1955, the Justices handed down a plan for how it was to proceed; desegregation was to proceed with "all deliberate speed." Although it would be many years before all segregated school systems were to be desegregated, *Brown* and *Brown II* (as the Courts plan for how to desegregate schools came to be called) were responsible for getting the process underway. (UNITED STATES COURTS, online)[3]

Conforme exposto, a doutrina do “separados, mas iguais” não deve prosperar, uma vez que não basta promover apenas a igualdade formal entre grupos majoritários e minoritários, mas sim buscar, através da igualdade material, a devido respeito e diferenciação dos diferentes na iminência de equilibrá-los até chegar ao mesmo patamar.

Além disso, tal relação se dá principalmente pelos direitos de segunda dimensão no qual o Estado, por ser dotado de um caráter prestacional, tem a função de auxiliar a construção de uma sociedade mais plural e justa, não podendo ser aceito, sob essas razões, tratamentos discriminatórios contra grupos minoritários e vulneráveis como visto nesta seção.

---

[3] Tradução: Em 14 de maio de 1954, emitiu parecer da Corte, afirmando que " Concluímos que, no campo da educação pública, a doutrina de 'separados, mas iguais' não tem lugar. Instalações educacionais separadas são inerentemente desiguais. . . " Esperando oposição à sua decisão, especialmente nos estados do sul, a Suprema Corte não tentou imediatamente dar uma direção para a implementação de sua decisão. Em vez disso, pediu aos procuradores-gerais de todos os estados com leis que permitem a segregação em suas escolas públicas que apresentassem planos sobre como proceder com a dessegregação. Depois de mais audiências na Corte a respeito da questão da dessegregação, em 31 de maio de 1955, os Ministros traçaram um plano de como deveria proceder; a dessegregação deveria prosseguir com "toda velocidade deliberada". Embora muitos anos se passassem antes que todos os sistemas escolares segregados fossem desagregados, *Brown* e *Brown II* (como o plano dos tribunais sobre como desagregar as escolas passou a ser chamado) foram responsáveis por iniciar o processo. (UNITED STATES COURTS, online).

Posto isso, passa-se agora a verificar a influência do direito antidiscriminatório no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que tal disciplina se dá principalmente por tratados internacionais no qual o país é signatário, como as Convenções Internacionais Sobre todas as Formas de Discriminação Racial (BRASIL, 1969); contra a Mulher (BRASIL, 2002) e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2009).

Com efeito, o grande apogeu do direito antidiscriminatório adveio com a promulgação da Constituição Republicana de 1988, vez que se objetivou, como princípio fundamental, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária que vise promover o bem de todos sem quaisquer formas de discriminação. (BRASIL, 1988).

Neste condão, o artigo 3º, IV da Constituição Republicana é enfático ao disciplinar tal mandado antidiscriminatório, porém, as disposições deste direito não param por aqui, uma vez que o artigo 5º, inciso XLI da CRFB/88 trouxe também um mandado constitucional de criminalização antidiscriminatório no qual "a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais". (BRASIL, 1988).

Por esse dispositivo, ao se configurar como uma norma de eficácia limitada, por carecer de uma lei para a sua devida efetivação, observa-se que é competência exclusiva do Congresso Nacional a criação de uma lei que vise criminalizar as condutas antidiscriminatórias no país. Sob esse viés, conforme já narrado, grupos como as mulheres, minorias étnico-raciais e pessoas com deficiência passaram a receber esta tutela jurídica por legislações específicas, mas principalmente por tratados e convenções internacionais que disciplinaram estas questões.

Entretanto, as minorias sexuais, como a comunidade LGBTQIAPN+, passarma a sofrer um insuflado descaso legiferante, que pela ausência de regulamentação dos objetivos constitucionais na tutela desse grupo, gerou-se uma proteção insuficiente, mesmo sob os auspícios das previsões antidiscriminatórias constantes da Constituição de 1988. Vez que desde 2001 tramitam projetos de lei no Congresso Nacional que acabam por ser arquivados pela mera discricionariedade congressual, razão pela qual buscou-se a efetivação do direito antidiscriminatório pelo referido grupo através da via judicial conforme será evidenciado no tópico subsequente.

II A CRIMINALIZAÇÃO DO DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO E SUA (IN)EFETIVA PROTEÇÃO DAS MINORIAS SEXUAIS

À luz do que se observou anteriormente, o direito antidiscriminatório não logra êxito apenas com a lei propriamente dita, mas também com a atuação judicial conforme disposto no caso "*Brown vs. Board of Education*".

Sob esse viés, o direito antidiscriminatório, destinado principalmente às minorias sexuais, como a comunidade LGBTQIAPN+, também percorreu a mesma trajetória, uma vez que mesmo havendo as disposições dos artigos 3º, inciso IV e 5º, inciso XLI da CRFB/88, esse direito positivo não se demonstra capaz de erradicar todos os tratamentos discriminatórios vivenciados socialmente.

Ademais, a carência de legislação específica também representa um grande fator para que os direitos encartados constitucionalmente também viessem a ser observados como inefetivos, pois, tendo em vista que a Assembleia Constituinte dispôs apenas que a "lei punirá" os atos discriminatórios, esta não delimitou como seria a respectiva punição.

Diante desta perspectiva é que se conjectura o ajuizamento no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de nº 26, em face da inércia legiferante, além do MI 4733, que busca a regulamentação de direitos fundamentais previstos na Constituição que tornam inviáveis o exercício de direitos e liberdades fundamentais. Nesta decisão, o Supremo Tribunal Federal compreendeu pela criminalização da homotransfobia, tornando tal conduta análoga ao do racismo, até que o Congresso Nacional viesse a se debruçar sobre o referido mandado constitucional antidiscriminatório observado, à luz do que se verifica a seguir:

> CONSTITUCIONAL. ART. 5º, XLI e XLII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA. NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS A VÍTIMAS DE HOMOFOBIA. MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA. CONFIGURAÇÃO DE RACISMO. LEI 7.716/1989. CONCEITO DE RAÇA. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. MORA LEGISLATIVA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA O CONGRESSO NACIONAL LEGISLAR. 1. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão possui natureza eminentemente objetiva, sendo inadmissível pedido de condenação do Estado em indenizar vítimas de homofobia e transfobia, em virtude de descumprimento do dever de legislar. 2. Deve conferir-se interpretação conforme a Constituição ao conceito de raça previsto na Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, a fim de que se reconheçam como crimes tipificados nessa lei comportamentos discriminatórios e preconceituosos contra a população LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros). Não se trata de analogia in malam partem . 3. O mandado de criminalização contido no art. 5o, XLII, da Constituição da República, abrange a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas. 4. Caso não se entenda que a Lei 7.716/1989 tipifica práticas homofóbicas, está em mora inconstitucional o Congresso Nacional, por inobservância do art. 5o, XLI e XLII, da CR. Fixação de prazo para o Legislativo sanar a omissão legislativa.

> 5. Existência de projetos de lei em curso no Congresso Nacional não afasta configuração de mora legislativa, ante período excessivamente longo de tramitação, a frustrar a força normativa da Constituição e a consubstanciar inertia deliberandi. 6. A ausência de tutela judicial concernente à criminalização da homofobia e da transfobia mantém o estado atual de proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado e de desrespeito ao sistema constitucional. 7. Parecer pelo conhecimento parcial da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e, no mérito, pela procedência do pedido na parte conhecida. (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, Relator Ministro Celso de Mello, DJE nº 142, 28/06/2019).

Desse modo, observa-se que o Supremo Tribunal Federal se utilizou da criminalização antidiscriminatória para a necessária proteção à comunidade LGBTQIAPN+ que sofre diariamente por essas condutas discriminatórias motivadas por preceitos machistas, sexistas e homofóbicos que denotam a alta violência contra o referido grupo existente no país conforme será destacado ainda no presente tópico.

Apesar desse grande ganho social, o presente estudo se questiona: criminalizar seria a solução para a erradicação destas discriminações? Em face desta indagação, fora observado que a pergunta em evidência não deve ser respondida de maneira taxativa ou meramente simplista, uma vez que há que se levar em consideração que tanto a sociedade brasileira, como os atos criminalizadores direcionados às discriminações, são organismos complexos que devem ser analisados com bastante atenção.

Nesta perspectiva, na busca de discorrer sobre os benefícios ou os malefícios da criminalização dos atos discriminatórios, necessário se faz verificar a atualização do sistema estatal brasileiro, bem como a sua correlação com o direito penal; a política criminal; a criminologia; a sociologia jurídica e a própria sociedade, vez que se está diante de um questionamento de extrema valia, mas que será respondido de maneira diversa a depender do tempo e do espaço em que se analisa o mandado criminal-sancionador.

Eis que, para além da necessidade, bem como exigência constitucional de uma ampla tutela penal, em que se defina hipóteses para uma certa delimitação do "merecimento do quantum da pena", há que se levar em conta a sua extrema necessidade de aplicação, além da sua viabilidade social, não podendo esse instituto ser utilizado de maneira desenfreada para criminalizar as mais variadas condutas sociais.

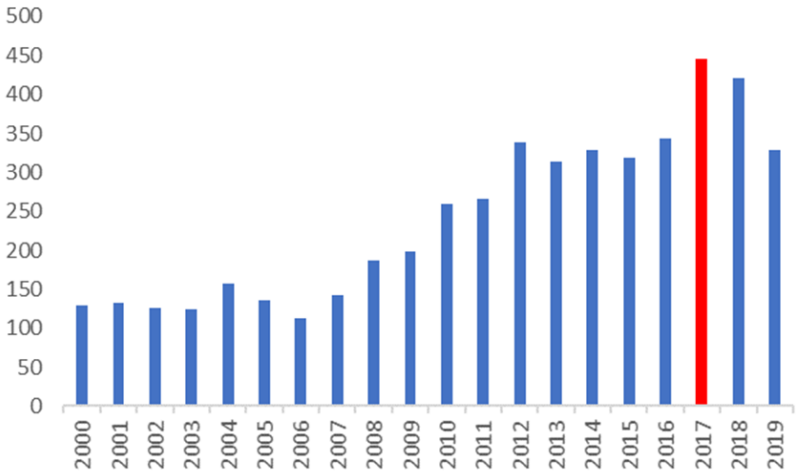
Por outro lado, torna-se necessária a análise empírica da danosidade social, que prevista sob a dicção do constituinte, reputa-se a existência de uma hierarquia entre os bens jurídicos penais tutelados, ou seja, quanto maior a ofensividade, maior a necessidade de atuação estatal no sentido de tutelar adequadamente tais bens e punir com maior rigor.

Assim sendo, com base nessas exposições, o estudo em tela fará a observância de alguns fatores essenciais que viabilizarão a conclusão sobre os benefícios ou não desses mandados constitucionais de criminalização destinados à comunidade LGBTQIAPN+, vez que se debruçará sobre relatórios anteriores e posteriores à criminalização da LGBTQIAPNfobia que evidenciarão o aumento ou a diminuição dessas discriminações.

Por esse motivo, com base na ADO nº 26 e na sua criminalização dos atos LGBTQIAPNfóbicos, realizado em junho de 2019, a presente pesquisa verificará os relatórios anuais de morte de LGBTQIAPN+ antes de 2019, durante e após esse marco temporal, minerando esses dados quantitativos que demonstrarão o aumento ou não das discriminações a partir da intervenção deste mandado constitucional de criminalização.

Nesta senda, verifica-se, preliminarmente, o Relatório do Grupo Gay da Bahia do ano de 2019 que analisou as mortes violenta de LGBTs no Brasil no aludido ano, documento esse que evidenciou os índices de mortes do disposto grupo desde 2000 à 2019, trazendo as seguintes proporções:

Gráfico 1 – Mortes violentas de LGBT+ no Brasil, 2000 - 2019



Fonte: GGB, 2019.

À luz dessa exposição, extrai-se que o ano de 2017 fora o maior pico de mortes violentas destinadas às minorias sexuais e de gênero no país, entretanto, após esse período alarmante, 2018 e 2019 já começaram a ter uma diminuição, mesmo que tímida, nestes casos relatados. Por esse motivo, enquanto 2017 notificou 445 casos de mortes violentas, o ano de 2018 evidenciou uma baixa para 420 casos. (OLIVEIRA; MOTT, 2019).

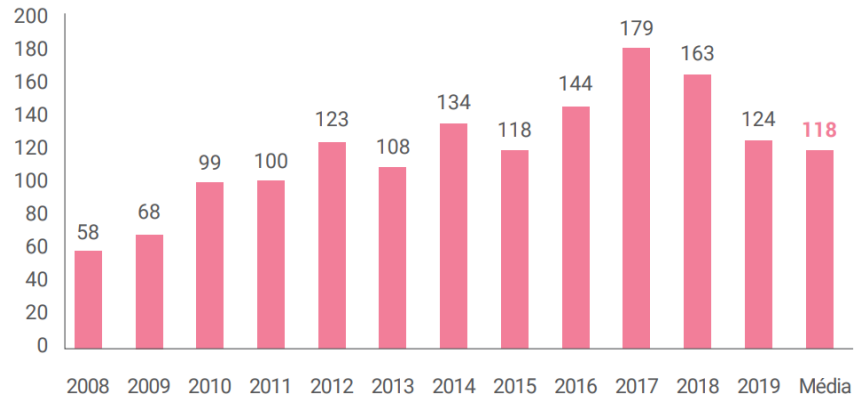
Por esse panorama, 2019, o ano da criminalização da LGBTQIAPNfobia, notificou uma queda de 21,67% do ano anterior e 26,06% de 2017, motivo pelo qual, há sim que se comemorar

a diminuição desses números e pontuar, conforme o Grupo Gay da Bahia, que essa redução é fruto também do julgamento da ADO 26, veja:

> Soma-se a redução no número de casos de mortes violentas, o alento do Supremo Tribunal Federal, em 2019, quando julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 26), ao reconhecer o crime de homofobia como prática de racismo e passível de ser aplicada a Lei nº 7.716/89. (OLIVEIRA; MOTT, 2019, p. 34).

Porém, o Grupo Gay da Bahia ainda não disponibilizou o Relatório do ano de 2020, ou de seu primeiro semestre, para que a análise sobre as quedas destes atos violentos evidenciasse se eles diminuíram ou não. Por esse sentido, a investigação em tela recorre aos levantamentos da Associação Nacional de Travestis e Transexuais, ANTRA, que também mapeou essas mortes anuais que acometeram diretamente as travestis e transexuais antes e durante 2019, veja:

Gráfico: Dados dos Assassinatos de pessoas trans no Brasil entre 2008 e 2019



Autora: BENEVIDES, Bruna, 2020.

Ante esses dados, nota-se que o ano de 2019 também foi um período de diminuição dos assassinatos direcionados às travestis e transexuais, dados esses que se remetem à importância do julgamento e da criminalização da LGBTQIAPNfobia, bem como a contribuição deste mandado constitucional de criminalização que, apesar de possuir caráter explícito, continua em constante omissão pelo Congresso Nacional, tendo em vista que logrou seu êxito apenas pela atuação do Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, cabe ainda ressaltar os reflexos ulteriores deste julgamento de grande repercussão nacional, já que os índices de assassinatos em 2020 não têm sido tão benéficos como os dos dois anos anteriores. Nestes moldes, a Associação Nacional de Travestis e Transexuais, ANTRA, evidenciou em seu boletim nº 04/2020 que: “O Brasil chegou a 129 assassinatos de pessoas trans nos oito primeiros meses de 2020, com aumento de 70% em relação ao mesmo período do ano passado, e com mais assassinatos que em 2019 inteiro quando nesse último ano foram registrados 124 assassinatos”. (ANTRA, 2020).

Neste caso, observa-se que mesmo sendo de extrema importância a concessão dos mandados constitucionais de criminalização destinados à comunidade LGBTQIAPN+, em virtude dos altos índices de assassinatos que acometem diariamente o grupo em observância, tornou-se evidente que este mecanismo foi sim importante e necessário, mas não tem sido suficiente para combater todas as atitudes discriminatórias que permeiam a sociedade brasileira.

Isto se dá porque apenas a criminalização não é a medida exclusiva que pode ser utilizada para uma intensa e eficaz modificação social, razão pela qual a análise recai sobre as estratégias promocionais de Direitos Humanos, previstas na seara internacional e demonstradas pela autora Flávia Piovesan, que pontuam que, apenas as estratégias punitivo-repressivas não são suficientes para o devido combate às discriminações, pois:

> No âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, destacam-se duas estratégias: a) a estratégia repressiva-punitiva (que tem por objetivo punir, proibir e eliminar a discriminação); e b) a estratégia promocional (que tem por objetivo promover, fomentar e avançar a igualdade). Na vertente repressiva-punitiva, há a urgência em se erradicar todas as formas de discriminação. O combate à discriminação é medida fundamental para que se garanta o pleno exercício dos direitos civis e políticos, como também dos direitos sociais, econômicos e culturais. Se o combate à discriminação é medida emergencial à implementação do direito à igualdade, todavia, por si só, é medida insuficiente. É fundamental conjugar a vertente repressiva-punitiva com a vertente promocional. Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo. Isto é, para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais. (PIOVESAN, 2008, p. 890).

Com base nisso, percebe-se que esses mandados constitucionais de criminalização são sim estratégias punitivo-repressivas que buscam a devida erradicação dos atos discriminatórios na busca de promover uma sociedade justa e solidária que viabilize o seu devido bem-estar social, principalmente às minorias sociais e aos grupos vulnerabilizados.

Todavia, esse instrumento, sozinho, não é capaz de fazer a devida modificação social, carecendo, sob essas razões, de instrumentos promocionais que devem ser elaborados pelo governo federal. Porém, cumpre frisar que a omissão e o distanciamento da atuação estatal face às minorias LGBTQIAPN+ não se dão apenas pela omissão do Congresso Nacional conforme já narrado, mas também encontram uma estrutura de subversão da atual gestão governamental[4], fatores esses que impedem a necessária justiça social destinada à comunidade LGBTQIAPN+.

[4] Na busca de analisar a atual conjuntura político-social em face da comunidade LGBTQIAPN+, bem como o desmonte da política representativa e a necropolítica que tem acometido a comunidade, veja o artigo: "A extinção dos conselhos de políticas públicas e o silenciamento da participação democrática da comunidade LGBTI+ no

Posto isso, tendo em vista o descaso governamental do legislativo e executivo em se efetivar as pautas das minorias sexuais e de gênero, denota-se que a criminalização dos atos LGBTQIAPNfóbicos fora sim um grande ganho para a comunidade em questão, todavia, a solução para essa problemática não é vislumbrada apenas com a efetivação desse mandado constitucional pelo poder judiciário, já que essas minorias também carecem de políticas promocionais que façam a sociedade compreender e respeitar a diversidade sexual.

Em suma, a presente pesquisa observa que, em meio ao caos e ao descaso da atual conjuntura político-social brasileira, a criminalização desses atos apresenta-se como ganho inestimável à sociedade, já que teve o condão de proporcionar um fio de esperança para quem sofre diariamente com o descaso político, social e individual que, juntos, fazem com que o sangue dessas minorias derramem por todo o solo brasileiro sem que haja quaisquer intervenções ou punições, contrariando tanto a dignidade, como a pluralidade, que são os pilares de uma sociedade que se pauta como Social e Democrática de Direito.

III A CARÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS: ENTRE O DESCASO LEGIFERANTE E A ATUAÇÃO JUDICIAL

Verificado que apenas a criminalização das discriminações destinadas às minorias sexuais não é suficiente, vez que, mesmo diminuindo, temporariamente, os casos anuais de mortes contra o referido grupo, tais violências ainda continuam enraizadas e se desenvolvendo na sociedade brasileira, fatores esses que carecem de políticas governamentais permanentes para que a vedação desses atos não venham a cair no esquecimento social.

Por esse motivo, conforme também narrado na seara das políticas promocionais, verifica-se que é necessário, para a diminuição dos casos alarmantes de mortes violentas contra LGBTQIAPN+, de políticas públicas efetivas que traçam rumos a fim de viabilizar o devido direito antidiscriminatório no país.

Com base nestas considerações, ressalta-se, desde já, a definição de política pública, vez que esta é uma atuação administrativa que visa viabilizar os direitos sociais fundamentais caracterizados principalmente como normas de segunda dimensão e com cunho programático, que exteriorizam e solidificam os direitos sociais prestacionais, consoante ao que se expõe a seguir:

Brasil" publicado nos anais do Seminário Internacional de: O direito como liberdade: 30 anos do direito achado na rua. (MARTIN; ZACHEO, 2020).

> Uma política pública é uma diretriz elaborada para enfrentar um problema público. Vejamos essa definição em detalhe: uma política é uma orientação à atividade ou à passividade de alguém [...]. Uma política pública possui dois elementos fundamentais: intencionalidade pública e resposta a um problema público; em outras palavras, a razão para o estabelecimento de uma política pública é o tratamento ou a resolução de um problema entendido como coletivamente relevante (SECCHI, 2013, p. 2 e 11).

Face esta definição teórica, observa-se que políticas públicas são essenciais para lidar com o direito antidiscriminatório por diversos fatores, podendo ressaltar, desde já, a importância desta política para a efetivação do direito antidiscriminatório que se perfaz sobre uma prestação estatal na busca que a sociedade preserve as peculiaridades de cada indivíduo e respeite a dignidade e diversidade de cada um.

Neste condão, há que se pontuar também que o alto índice de mortes violentas contra LGBTQIAPN+, caracterizadas principalmente pela discriminação direta, remete-se à um problema entendido como coletivamente relevante que deve ser revertido com ações governamentais.

Por todo exposto, não há que se falar que o direito antidiscriminatório, especialmente o destinado à comunidade LGBTQIAPN+, não deve ser efetivado através de políticas públicas, vez que estar-se-ia contrariando o caráter prestacional da Constituição de 1988, bem como tornando o referido diploma legal obsoleto, o que deve ser veementemente rechaçado pelo Estado que se pauta como Social.

Diante destas considerações, questiona-se, quem seria capaz de promover estas políticas? Não seria mais uma forma de proliferação da omissão legislativa? Sob essas indagações, como exposto, as políticas públicas não se limitam apenas à existência de uma lei específica, razão pela qual tais ações não precisam ser realizadas apenas pelo Poder Legislativo que possui a função típica de legislar.

Ademais, importante frisar também que, à luz do que já fora pontuado, o legislador queda-se inerte no tocante à proteção e promoção dos direitos sociais fundamentais destinados à comunidade LGBTQIAPN+, seja pelo conservadorismo que permeia o referido meio ou pela discriminação institucional (MOREIRA, 2017) que se enraíza no Congresso Nacional.

Neste molde, ao analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, observa-se que tal órgão judiciário, ao receber a competência contramajoritária que deve pautar suas decisões na proteção da Constituição e dos grupos minoritários e vulnerabilizados (BAHIA; VECCHIATTI, 2013), tornou possível compreender que tal órgão é plenamente legitimado para a criação e incorporação de políticas públicas sociais, principalmente quando o órgão competente para a criação de tal ação se omite conforme exposto no presente caso.

Assim sendo, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF de nº 45 de 2004, mesmo tratando de assuntos relacionados à saúde pública, é uma decisão de extrema relevância para a demonstração da competência judicial no tocante às políticas públicas, bem como os limites que devem ser respeitados para a sua subsequente incorporação, à luz do que se observa na ementa a seguir:

> ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO) (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, Relator Ministro Celso de Mello, 29/04/2004).

Sob esta análise, torna evidente que o Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, é plenamente competente para a implementação de políticas públicas, capacidade esta que poderia ser utilizada como uma alternativa para a resolução de toda a problemática destacada no presente estudo.

Conquanto, há que se verificar que tal função atípica não deve ser utilizada de maneira desenfreada, vez que deve observar limites para a sua incorporação na medida em que a harmonia e independência entre os poderes não seja colocada em xeque. Sob essa razão a ADPF é enfática quanto discorre sobre estas limitações, com base no que se observa nesta sequência:

> Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, Relator Ministro Celso de Mello, 29/04/2004).

Nesta senda, observa-se que o binômio “razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado” deve ser observado para a implementação das políticas públicas de cunho social e de segunda dimensão, vez que, por ser uma prestação pecuniária, o Estado deve observar os seus recursos a fim de que outras políticas já existentes continuem a ser efetivas. Por esse exposto, o Estado, face a necessidade das políticas públicas, não pode se esquivar da sua obrigação constitucional afirmando que não há reserva suficiente para a criação das evidentes ações.

Ressalvadas estas considerações, necessário se faz discorrer que embora o Supremo Tribunal Federal ser competente para a criação destas políticas, mesmo que subsidiariamente, deve-se atentar que tal conduta será realizada apenas em casos excepcionais e que houverem disposições específicas da Constituição em se implementar essas políticas públicas, com base no que se observa a seguir:

> Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, Relator Ministro Celso de Mello, 29/04/2004).

Por esse sentido, nota-se que o tratamento antidiscriminatório disposto constitucionalmente não é uma faculdade do legislador, dotada de oportunidade e conveniência, mas sim uma obrigação vinculante, vez que se constitui como objetivo da República estas ações, bem como há previsões concretas da necessidade de legislação ordinária antidiscriminatória.

Com todas essas considerações, bem como a omissão legiferante problematizada, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal tem sim competência constitucional para a criação de políticas públicas antidiscriminatórias destinadas às minorias sexuais, vez que este estado de omissão constitucional é completamente inconstitucional e carece de medidas alternativas, como a judicialização, para tutelar grupos inobservados pelo legislador federal.

Diante desta competência, verifica-se que o Supremo Tribunal é um órgão governamental de extrema importância capaz de promover a necessária tutela antidiscriminatória destinada às minorias sexuais, já que estas necessitam da proteção estatal na busca da reversão dos numerosos casos de violência destinados a este grupo.

Por fim, não há que se falar em uma sociedade democrática e pluralista enquanto LGBTQIAPN+ diariamente tem derramado o seu sangue pelos chãos de todo o território nacional, haja vista que um Estado que se pauta como Social e Democrático de Direito não deve se pautar apenas nos anseios das maiorias, seja elas sociais ou políticas, mas também resguardar

as necessidades das minorias, vez que estas sim sofrem diariamente sem qualquer prestação ou punição Estatal, conforme demonstrado no presente estudo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificadas todas as exposições, restou evidente que a discriminação perpassa uma análise simplista e se delimita através de posicionamentos arbitrários que podem ser realizados de diversas formas, seja ela direta ou indireta, que acaba deslegitimando e vulnerabilizando um determinado grupo ou segmento social.

Face a isto, tornou-se visível que o direito antidiscriminatório fora positivado na Declaração Universal dos Direitos Humanos e ganhou notoriedade no caso "*Brown vs. Board of Education*" julgado pela Suprema Corte Norte Americana, irradiando os seus efeitos no ensino estadunidense que parou de segregar pessoas negras e brancas nestas instituições.

Desse modo, na sequência foi observado ainda que no Brasil, o direito antidiscriminatório se positivou pela Constituição Republicana de 1988, além de tratados e convenções internacionais que disciplinam tal matéria. Todavia, a tutela das minorias sexuais, especialmente a comunidade LGBTQIAPN+, restou verificada com o julgamento da ADO nº 26 e MI nº 4733/2019.

Nesta senda, pontuado tal julgamento, problematizou-se a modificação social advinda com tal decisão e fora destacado que houve sim alterações sociais significativas, todavia, esse julgado não era suficiente para continuar os seus efeitos em longa escala, razão pela qual se carecem de políticas públicas efetivas na iminência de se promover o direito antidiscriminatório às minorias sexuais.

Por esse sentido, sobre a temática das políticas públicas, em sua definição de quais entes são competentes para a sua respectiva elaboração, constatou-se que estas não precisam ser criadas apenas por leis específicas, mas também pela atuação judicial como a do Supremo Tribunal Federal que deverá observar a reserva do possível caracterizada pela razoabilidade da pretensão e a disponibilidade financeira do Estado.

Por fim, ante a todos os levantamentos, percebe-se que o direito antidiscriminatório é um instrumento de extrema relevância para a justiça social na busca pela emancipação e tutela das minorias sociais, dentre elas as sexuais. Todavia, mesmo com a carência de sua efetivação, nota-se que essas políticas ainda são metas programáticas que até o momento não foram devidamente garantidas pelo Estado, que apesar de urgentes, dependem de vontade legislatica, e esta é inexistente.

Assim, nota-se que o Estado Social e Democrático tem que esquivado da sua responsabilidade constitucional de se atentar às necessidades das minorias e promover o seu devido amparo. Solução paliativa, mas que produziu grande projeção e expectativa foi a decisão do STF. Apesar de não ser a forma ideal de tutelar os direitos desse grupo, foi a atuação possível, diante da inércia e da omissão dos órgãos competentes. Ora, a tutela desse grupo é urgente, e o Poder Judiciário quando conclamado não pode se esquivar, pois há um compromisso institucional e constitucional em sua guarda.

Com efeito, passados mais de dois anos da referida decisão, temos que a grande questão que assola a não tutela legislativa desse grupo é a falta de ações educativas e modificações estruturais que verdadeiramente promovam a concretização dos objetivos do Estado brasileiro, vez que o que se visualiza é o contrário, ações que retrocedem os ganhos conquistados por esse grupo devido a uma onda de conservadorismo e falta de reconhecimento das diferenças e dos diferentes vulneráveis presentes na sociedade. Ou seja, nesta seara ainda nos encontramos sob a guarida do Poder Judiciário, que vem cumprindo o papel de garantir de políticas públicas em razão de sua iminente positivação.

REFERÊNCIAS

ANTRA, Associação Nacional de Travestis e Transexuais. Assassinatos contra Travestis e Transexuais brasileiras em 2020. **Boletim nº 04/2020**. online, 2020. Disponível em: https://antrabrasil.files.wordpress.com/2020/09/boletim-4-2020-assassinatos-antra-1.pdf. Acesso em: 02 set. 2022.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. ADI N. 4.277-Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família. **Revista Direito GV**, v. 9, n. 1, p. 65-92, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL, Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. **Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.** Brasília, DF, 25 ago. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL, Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969. **Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial.** Brasília,

DF, 8 dez. 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL, Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. **Promulga a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de nº 26.** Constitucional. Art. 5º, XLI e XLII, da Constituição da República. Criminalização da homofobia e da transfobia. Não conhecimento do pedido de indenização por danos a vítimas de homofobia. Mandado de criminalização da homofobia. Configuração de racismo. Lei 7.716/1989. Conceito de raça. Interpretação conforme a constituição. Mora legislativa. Fixação de prazo para o Congresso Nacional legislar. Relator Ministro Celso de Mello, 28 de junho de 2019. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 45.** Questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". Relator Ministro Celso de Mello, 29 de abril de 2004. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm. Acesso em: 30 set. 2022

DUDH, **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Assembleia Geral das Nações Unidas, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em 25 set. 2022.

MARTIN, Andréia Garcia; ZACHEO, César Augusto. A extinção dos conselhos de políticas públicas e o silenciamento da participação democrática da comunidade LGBTI+ no Brasil. **Anais do Seminário Internacional dos 30 anos do direito achado na rua.** Brasília, 2020.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito. São Paulo: Saraiva 2019.

MOREIRA, Adilson José. **O que é discriminação?.** Letramento: Casa do Direito: Justificando. Belo Horizonte, 2017.

OLIVEIRA, José Marcelo Domingos de; MOTT, Luiz. **Mortes violentas de LGBT+ no Brasil, 2019:** Relatório do Grupo Gay da Bahia. Salvador, Editora Grupo Gay da Bahia, 2020.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. **Estudos feministas**, Florianópolis, 16(3): 424, setembro-dezembro/2008, p. 887-896.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação:** discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Livraria do advogado. Porto Alegre, 2008.

RIOS, Roger Raupp. Tramas e interconexões no Supremo Tribunal Federal: Antidiscriminação, gênero e sexualidade. **Revista Direito e Práxis**, v. 11, n. 2, p. 1332-1357, 2020.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas:** conceitos, esquemas de análise, casos práticos. São Paulo: Cengage Learning, 2013

UNITED STATES COURTS, **History - Brown v. Board of Education Re-enactment.** online. Disponível em: https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/history-brown-v-board-education-re-enactment. Acesso em: 30 set. 2022.